

Dictamen nº: **109/22**  
Consulta: **Consejero de Presidencia, Justicia e Interior**  
Asunto: **Contratación Pública**  
Aprobación: **22.02.22**

**DICTAMEN** del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión del día 22 de febrero de 2022, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Presidencia, Justicia e Interior, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, sobre resolución del contrato de servicios denominado *“Medición de la satisfacción de los usuarios de los servicios de atención al ciudadano y de los servicios básicos prestacionales dependientes de la Comunidad de Madrid para el año 2015”*, adjudicado a la empresa PROSECAR ESTUDIOS Y CONSULTORÍA, S.L.U. (en adelante, *“la contratista”*).

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El 2 de febrero de 2022 tuvo entrada en este órgano consultivo una solicitud de dictamen formulada por el consejero de Presidencia, Justicia e Interior, relativa al expediente sobre la resolución del contrato de servicios referido en el encabezamiento.

Ha correspondido la solicitud de consulta del presente expediente, registrada en la Comisión Jurídica Asesora con el nº 52/22, al letrado vocal D. Carlos Hernández Claverie, que formuló y

firmó la oportuna propuesta de dictamen deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión en su sesión de 22 de febrero de 2022.

**SEGUNDO.-** Del expediente remitido se extraen los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

El 15 de julio de 2015 se aprobaron por Orden de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno, los pliegos de cláusulas administrativas del contrato de servicios titulado “*Medición de la satisfacción de los usuarios de los servicios de atención al ciudadano y de los servicios básicos prestacionales dependientes de la Comunidad de Madrid para el año 2015*”, para adjudicación por procedimiento abierto mediante criterio precio.

Con fecha 5 de noviembre de 2015 se adjudica el citado contrato a PROSECAR ESTUDIOS Y CONSULTORÍA, S.L.U. -antes PROYECTOS Y SERVICIOS CARTOGRÁFICOS, S.L.-, (en adelante, PROSECAR), por un importe total de 36.103.58 €, y cuya formalización se produce el 30 de ese mes.

Con fecha 21 de diciembre de 2015 se inician la ejecución del contrato realizándose las entrevistas presenciales y telefónicas objeto del contrato, y el 4 de febrero de 2016 la empresa PROSECAR entrega en un pendrive los informes y bases de datos.

El 7 de marzo de 2016 PROSECAR presenta factura por los servicios prestados por un importe de 36.103,58 euros.

Con fecha 27 de diciembre de 2016, se extiende acta de recepción de los trabajos en la que se ponen de manifiesto los defectos advertidos, concediéndose al adjudicatario un plazo hasta el 15 de enero de 2017 para que proceda a la subsanación de los mismos. Dicho requerimiento fue atendido por el adjudicatario en fecha 13 de enero de 2017.

Con fecha 11 de mayo de 2017 se dicta nueva acta de comprobación de los trabajos en la que se expone la posición de las partes a la vista de la documentación aportada por la adjudicataria en fecha 13 de enero de 2017 y se señalan las deficiencias observadas.

Con fecha 18 de julio de 2017, la Subdirección General de Calidad de los Servicios elabora un informe en el señala que, tras analizar la documentación aportada por la contratista, aprecia incumplimientos en la ejecución del contrato tanto por la mala y parcial ejecución de las entrevistas presenciales y telefónicas, como por la subcontratación de los trabajos, y propone la resolución del mismo. Entre las deficiencias se señalan:

- La realización de las entrevistas en tiempo inferior al materialmente exigible.

- Solapamientos temporales de un mismo entrevistador en centros distintos.

- Falta de acreditación de entrevistadores.

- Se han realizado 800 entrevistas telefónicas menos sobre 012 y madrid.org del total de 2000 previstas.

- Los responsables de las oficinas de atención al mayor manifiestan que únicamente estaban 2 horas en los centros, recogándose, sin embargo, datos en los ficheros entregados por la empresa durante toda la jornada.

El responsable de la oficina de empleo de Coslada manifiesta que no se han realizado encuestas en ese año.

En fecha 27 de octubre de 2021, la propuesta de resolución del contrato es reiterada por la Subdirección General de Atención al Ciudadano.

Mediante Orden de la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior, de fecha 28 de octubre de 2021, se acuerda el inicio del expediente de resolución del contrato, por causas imputables al contratista, de conformidad con el artículo 223, apartado h), del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos (TRLCSP).

Con fecha 29 de octubre de 2021 se concede trámite de audiencia a Caixabank, S.A. -en su condición de avalista- y al adjudicatario, respectivamente.

El adjudicatario manifiesta su oposición a la resolución del contrato mediante escrito de 10 de noviembre de 2021.

En fecha 5 de enero de 2022 se emite informe por la Subdirección General de Atención al Ciudadano, Estudios y Calidad de los Servicios, a las alegaciones presentadas por PROSECAR.

El 11 de enero de 2022 se solicita informe al Servicio Jurídico de la Consejería y se acuerda la suspensión del procedimiento prevista en el artículo 22.1.d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y se procede a su notificación.

En fecha 21 de enero se emite el informe por Servicio Jurídico favorable a la resolución del contrato por incumplir la prohibición de subcontratación. El informe es recibido ese mismo día por la Secretaría General Técnica de la Consejería, notificándose la orden de levantamiento de la suspensión el posterior día 25.

El 25 de enero se solicita informe a la Intervención General, siendo emitido el siguiente día 27.

A la vista del expediente y de las alegaciones de la contratista, se formula propuesta de orden en la que, tras recoger los hechos y fundamentos de derecho que se consideran aplicables, se propone:

*“1. Acordar la resolución del contrato denominado “Medición de la satisfacción de los usuarios de atención al ciudadano y de los servicios básicos prestacionales dependientes de la Comunidad de Madrid”, suscrito con la empresa PROSECAR ESTUDIOS Y CONSULTORÍA, S.L U. (antes PROYECTOS Y SERVICIOS CARTOGRÁFICOS, S.L.) el día 30 de noviembre de 2015, por causas imputables al contratista, al haber incurrido en incumplimientos graves en la ejecución del contrato, tanto por la mala y parcial ejecución de las entrevistas presenciales y telefónicas, por la subcontratación de los trabajos y por la falta de cumplimiento de las instrucciones de la dirección técnica y no proceder la subsanación en la medida que el estudio contratado está referido a usuarios de los diferentes servicios públicos en un ámbito temporal determinado por lo que repetir los trabajos una vez finalizado el plazo de ejecución desvirtuaría el objeto de estudio, conforme a lo dispuesto en el artículo 223, apartado h) del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en aplicación de la cláusula 36 del pliego de cláusulas administrativas particulares.*

*2. Acordar la incautación parcial de la garantía definitiva prestada por la empresa PROSECAR ESTUDIOS Y CONSULTORÍA, S.L.U. (antes PROYECTOS Y SERVICIOS CARTOGRÁFICOS, S.L.), hasta el importe de 1.243,77 euros, al ser dicha cuantía el resultado de la estimación efectuada por la Dirección General de Calidad de los*

*Servicios en su informe de 18 de julio de 2017, acerca de los daños ocasionados a esta Administración por dicho incumplimiento”.*

Con fecha 3 de febrero se acordó la suspensión del procedimiento fundamentada en la petición de este dictamen.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

### **CONSIDERACIONES DE DERECHO**

**PRIMERA.-** La petición de dictamen se ha realizado al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, al tratarse de un expediente relativo a la resolución de un contrato administrativo, solicitada a través del órgano legitimado para ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.3 c) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (ROFCJA).

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 23.1 del ROFCJA.

**SEGUNDA.-** El contrato cuya resolución se pretende se adjudicó el 5 de noviembre de 2015, por lo que le es aplicable lo previsto en los artículos 223 y siguientes del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Público, de conformidad con la Disposición Transitoria primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y

2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, que declara que *“los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”*.

No obstante, en lo que respecta al procedimiento, la normativa que ha de regir es la vigente en el momento de su iniciación. En este caso, el acuerdo de inicio del procedimiento es de fecha 28 de octubre de 2021, por lo que será de aplicación el artículo 212.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP/17) en el que se establece que: *“la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca”*. Ante la falta de desarrollo reglamentario en el aspecto objeto de estudio, debe considerarse, asimismo, lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), referido específicamente al *“procedimiento para la resolución de los contratos”* en lo que no se oponga a la ley.

Es pues el Consejero Presidencia, Justicia e Interior, como órgano de contratación, quien ha de proceder a la adopción del acuerdo de resolución del contrato, conforme establece el artículo 63 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid sin perjuicio de la posible delegación.

Por lo que respecta al procedimiento, el artículo 191.1 de la LCSP/17 y 109.1.a) del Reglamento, prevén que se dé audiencia al contratista, trámite que se ha efectuado en el procedimiento que nos ocupa y en el que ha formulado alegaciones.

Asimismo, en cumplimiento de lo dispuesto en el citado artículo 109.1 del Reglamento, se ha dado audiencia al avalista, al proponerse la incautación parcial de la garantía, y se ha emitido informe por el servicio jurídico.

En relación con el plazo para resolver, en los procedimientos de resolución de contratos iniciados de oficio bajo la vigencia de la LCSP/17, su artículo 212.8 establece el plazo de ocho meses. No obstante, cabe recordar que el Tribunal Constitucional en su sentencia 68/2021, de 18 de marzo, ha considerado inconstitucional el carácter básico dado a ese precepto, por lo que no es aplicable a las comunidades autónomas. Así, a falta de regulación propia en la Comunidad de Madrid, y como sosteníamos en nuestro Dictamen /2021, de 11 de noviembre, hay que estar al plazo general de tres meses previsto en el artículo 21 de la LPAC.

En el presente procedimiento, el acuerdo de inicio del procedimiento data de 28 de octubre de 2021, habiéndose suspendido el procedimiento entre los días 11 y 21 de enero por la petición de informe preceptivo al Servicio Jurídico, conforme a lo previsto en el artículo 22 d) LPAC, lo que fue comunicado a la interesada, y al solicitar dictamen a esta Comisión.

A este respecto, debe tenerse en consideración que si bien el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su sentencia de 24 de octubre de 2018 (Rec. 550/2017), entre otras, consideraba que la petición de informe al Servicio Jurídico no podía suspender el procedimiento, por el carácter no determinante de ese informe, como exigía el artículo 42.5 c) de la antigua Ley 30/1992 LPARJ. No obstante, el artículo 22.1 d), no exige el carácter determinante del informe, haciendo referencia únicamente a que sea preceptivo, característica que sí tiene el referido informe, por mor del citado

artículo 109 RGC. En consecuencia, a la fecha de la petición del presente dictamen, el procedimiento no se encuentra caducado.

**TERCERA.-** La propuesta de resolución estima que procede la resolución contractual al amparo del artículo 223, letra h), del TRLCSP, que incluye como causa de resolución *“las establecidas expresamente en el contrato”*.

En los pliegos del contrato que nos ocupa, la cláusula 41 dispone: *“Son causas de resolución del contrato las recogidas en los artículos 85, 223 y 308 del TRLCSP, así como las siguientes:*

*- La pérdida sobrevenida de los requisitos para contratar con la Administración.*

*- El incumplimiento de las limitaciones establecidas en materia de subcontratación, sin perjuicio de las penalidades que, en su caso, se pudieran imponer, conforme a lo establecido en la cláusula 23.*

*- La obstrucción a las facultades de dirección e inspección de la Administración.*

*- El incumplimiento de la obligación del contratista de respetar el carácter confidencial respecto de los datos o antecedentes que, no siendo públicos o notorios, estén relacionados con el objeto del contrato y de los que tenga conocimiento con ocasión del mismo, que se indican en el apartado 22 de la cláusula 1.*

*- El incumplimiento culpable por parte del contratista de lo establecido en la Ley 8/2005, de 26 de diciembre, de Protección y Fomento del Arbolado Urbano de la Comunidad de Madrid, siempre y cuando su conducta haya sido objeto de sanción muy grave, conforme a lo dispuesto en el artículo 11.2.1 de dicha Ley”*.

A la vista de esas previsiones contractuales, no se encuentra encaje en ellas *“la mala y parcial ejecución de las entrevistas presenciales y telefónicas”* que se aduce como causa de resolución.

Tampoco puede incardinarse en ninguna otra causa prevista en el citado artículo 223 TRLCSP, en tanto que las deficiencias observadas en la realización de las entrevistas no suponen incumplimientos de obligaciones contractuales calificadas como esenciales y, por ende, no son susceptibles de ser causa de resolución.

Por tanto, no se aprecia que los defectos observados en la realización de las entrevistas puedan constituir causa de resolución del contrato, sin perjuicio de indicar al órgano de contratación que el artículo 307 del TRLCSP le faculta para rechazar la prestación defectuosa o no adecuada a lo contratado, como consecuencia de vicios o defectos imputables al contratista, quedando exento de la obligación de pago.

La segunda causa de resolución es el incumplimiento de la prohibición de subcontratar. En efecto, el apartado 17 de la cláusula 1 del Pliego señala que no procede la subcontratación, y la cláusula 28 la recoge como condición esencial a los efectos de la causa de resolución prevista en el apartado f) del artículo 223 TRLCSP.

Por tanto, resulta necesario analizar si ha existido la subcontratación excluida en los pliegos. A este respecto, el informe de la Subdirección General de Calidad de los Servicios, expone: *“Con fecha 19 de enero de 2016 se personan en el CATI los técnicos D. .... y D. ...., siendo recibidos por personal de esta empresa, no habiendo nadie, ni coordinador ni encuestador, que se identifiquen como de la empresa PROSECAR ESTUDIOS Y CONSULTORÍA S.L.U.*

*Por lo que respecta a los entrevistadores informaron que no trabajaban para PROSECAR ESTUDIOS Y CONSULTORÍA S.L.U. de forma exclusiva, informado que en determinadas franjas horarias realizan las encuestas encargadas por esta empresa”*

*En la reunión celebrada el 16 de febrero de 2016 se solicitó verbalmente que la empresa PROSECAR ESTUDIOS Y CONSULTORÍA S.L.U. justificara la relación con la empresa Merkastar, hablando en todo momento de una colaboración, sin aclarar si existe una relación mercantil con la misma.*

*Con fecha 27 de diciembre de 2016, se dio instrucción escrita a los representantes de PROSECAR requiriéndose justificaran documentalmente la adscripción de medios por parte de PROSECAR para la realización de las entrevistas telefónicas o que, en su caso, aclararan la relación con la empresa Merkastar (Documento Acta 1).*

*En la reunión mantenida el 11 de mayo de 2017 con la entidad PROSECAR en la que se comunicó la no recepción de los trabajos entregados, los representantes de PROSECAR señalaron que con Merkastar existe una relación de colaboración mutua para el desarrollo de trabajos conjuntos”.*

En su escrito de alegaciones, la contratista expone que la relación con Merkastar era una simple colaboración con la finalidad de poder cumplir dentro del plazo.

Se evidencia así que, al menos, una parte de los trabajos contratados fueron realizados por un tercero ajeno al contrato, porcentaje de las prestaciones que el informe referido de la Subdirección fija en un 65% del total de las entrevistas a realizar, que son las que debían efectuar telefónicamente.

Ciertamente, lo que el contratista denomina una colaboración constituye una concertación para la realización parcial de la prestación objeto del contrato, lo que se corresponde con el concepto de subcontratación previsto en el artículo 227 TRLCSP.

Así, la prohibición de la subcontratación es una condición esencial prevista en los pliegos que obligaba al contratista, y que pudo ser motivo de no concurrencia de otras potenciales licitadoras, siendo causa suficiente para la resolución del contrato, máxime si atendemos al porcentaje subcontratado que, incluso, superaría el máximo previsto en el apartado 3 del artículo 227 TRLCSP en caso de falta de previsión en los pliegos.

**CUARTA.-** En cuanto a la incautación de la garantía, siendo esta una cuestión de derecho material, es de aplicación el artículo 225.3 TRLCSP, donde se establece que cuando la resolución del contrato sea por incumplimiento culpable del contratista, este debe indemnizar de los daños y perjuicios ocasionados, siendo efectiva la indemnización, en primer término, sobre la garantía. Por su parte, el apartado 4 del mismo precepto establece que, en todo caso, el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida.

Así pues, en este caso, la incautación de la garantía opera de modo automático en aras a garantizar el pago del importe de los daños y perjuicios causados, como se señala en nuestros dictámenes 556/19, de 19 de diciembre y 580/20, de 22 de diciembre, sin que resulte precisa la valoración previa de los daños, y en ese sentido, lo recoge la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2019 (recurso 3556/2017).

Por tanto, procede la incautación de garantía propuesta.

## **CONCLUSIÓN**

Procede la resolución del contrato de servicios por incumplimiento del contrato imputable a la empresa contratista, con los efectos previstos en el cuerpo de este dictamen.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 22 de febrero de 2022

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 109/22

Excmo. Sr. Consejero de Presidencia, Justicia e Interior

Pza. Pta. del Sol nº 7 - 28013 Madrid